

University of Groningen

De eeuwige discussie over de toetsingsomvang bij beklag tegen niet-vervolging

Geelhoed, Willem

Published in:
Tijdschrift Modernisering Strafvordering

DOI:
[10.5553/TMSv/2589-51092020003001007](https://doi.org/10.5553/TMSv/2589-51092020003001007)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Geelhoed, W. (2020). De eeuwige discussie over de toetsingsomvang bij beklag tegen niet-vervolging. *Tijdschrift Modernisering Strafvordering*, 2020(1), 49-59. <https://doi.org/10.5553/TMSv/2589-51092020003001007>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

De eeuwige discussie over de toetsingsomvang bij beklag tegen niet-vervolg

Mr. dr. W. Geelhoed*

1 Inleiding

Het project Modernisering Strafvordering beoogt enkele wijzigingen aan te brengen in de regeling van de vervolgingsbeslissing, waaronder het beklag tegen niet-vervolg. Sommige van de wijzigingen die daarin worden aangebracht zijn al langere tijd praktijk, maar andere zijn bedoeld om de huidige praktijk te veranderen. De voorstellen houden onder andere in dat expliciet wordt gemaakt dat niet alleen over het achterwege blijven van vervolging, maar ook van opsporing kan worden geklaagd. Verder krijgt het hof in beklagzaken meer beslismodaliteiten tot zijn beschikking, en worden er voor meerdere stappen in de procedure termijnen gesteld.¹ Een aspect ten aanzien waarvan geen wijziging is beoogd is de toetsingsruimte: in beklagzaken blijft het mogelijk voor het hof om de beslissing van het Openbaar Ministerie in volle omvang te toetsen.

In het onderstaande wil ik reflecteren op de keuze om deze volle toetsingsruimte te laten voortbestaan. Geregeld wordt namelijk ter discussie gesteld of het wel wenselijk is dat het hof in beklagzaken de beslissing van het Openbaar Ministerie in volle omvang mag toetsen. Als

alternatief wordt dan geopperd dat het hof slechts een marginale toetsing zou mogen uitvoeren. Een belangrijk argument dat naar voren wordt gebracht is dat de beklagprocedure een bestuursrechtelijk karakter zou hebben, omdat daarin immers de beslissing van een overheidsorgaan wordt aangevallen. Daaruit zou dan moeten volgen dat de procedure op een bepaalde manier wordt vormgegeven, vergelijkbaar met het bezwaar en beroep uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), inclusief een marginale toetsing van het bestuurlijk handelen. Ondanks het bestaan van deze discussie blijft de juridische werkelijkheid echter ongewijzigd.

In die discussie wil ik hier niet direct een normatief standpunt innemen, maar primair de vraag aan de orde stellen hoe het kan worden verklaard dat de toetsingsruimte van het hof zo sterk bestand is tegen wijzigingsvoorstellen. Ik kijk daartoe allereerst naar de argumenten die in de contourennota en het conceptwetsvoorstel worden aangevoerd om de bestaande situatie aan te passen, respectievelijk in stand te houden (par. 2). Vervolgens bespreek ik de standpunten die in de literatuur zijn ingenomen rondom de toetsingsomvang in beklagzaken (par. 3). Ten slotte ga ik nog verder terug naar de ideeën die geleid hebben tot de regeling zoals die in het Wetboek van Strafvordering (Sv) van 1926 is terechtgekomen (par. 4). Ik sluit af met een mogelijke verklaring voor de onveranderlijkheid van de toetsingsomvang in beklagzaken, door de beklagprocedure niet te vergelijken met de Awb-standaard van bezwaar en beroep, maar met de evengoed bestuursrechtelijke procedure van administratief beroep (par. 5).

49

* Mr. dr. W. (Pim) Geelhoed is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie voor een compleet overzicht inclusief bespreking van de voorstellen L. Ansems, M. Boone & L. van Lent, 'Wijzigingen van de artikel 12-procedure in Modernisering Strafvordering', *Nederlands Juristenblad* 2018, p. 2142-2151.

2 De contourennota en het conceptwetsvoorstel

In de huidige wetstekst staan de beslissingsmogelijkheden van het hof in het beklag tegen niet-vervolgving opgesomd in artikel 12i Sv, evenals de maatstaven die het hof daarbij moet gebruiken. Dat artikel bepaalt (in lid 1) dat het hof kan bepalen dat een vervolging moet worden ingesteld of voortgezet, en het kan daarbij aangeven dat die vervolging kan plaatshebben in de vorm van een strafbeschikking. Daarnaast kan het hof aan het Openbaar Ministerie (OM) opdragen de verdachte te dagvaarden, dan wel een vordering bij de rechter-commissaris te doen teneinde door diegene bepaalde onderzoekshandelingen te laten verrichten (lid 3). Voordat een dergelijk bevel wordt gegeven dient het hof formele vereisten van bevoegdheid en ontvankelijkheid te beoordelen. Het materiële criterium dat de wet bevat, is of 'het gerechtshof van oordeel is dat vervolging of verdere vervolging had moeten plaatshebben' (lid 1), hetgeen aangevuld wordt door lid 2, dat bepaalt dat het hof een bevel ook kan weigeren 'op gronden aan het algemeen belang ontleend'. De inhoudelijke maatstaf die het hof dient te hanteren is daarmee verspreid en enigszins complex van aard.

De contourennota nam als uitgangspunt dat er over de toetsingsomvang verschillend gedacht wordt binnen de beklagkamers van de gerechtshoven.² Dat wordt ook bevestigd in de reactie op de conceptcontourennota door de Raad voor de rechtspraak.³ Volgens de nota is het van belang te onderscheiden tussen de toetsing door het hof van de haalbaarheids- en de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing.⁴ Omdat de haalbaarheid vanwege onder andere de bewijsvragen die daarbij spelen bij uitstrek tot het domein van de rechter behoort, zou die belast kunnen worden met de toetsing daarvan. Desondanks zou die toetsing altijd een voorlopig karakter houden gezien het feit dat er in de vervolgingsbeslissing niet kan worden vooruitgelopen op het eindoordeel in de strafzaak. De opportuniteit daarentegen is volgens de contourennota ongeschikt voor volle toetsing door het gerechtshof. Dat geldt volgens de nota ondanks het feit dat de wetgever, enige tegenstrijdigheden daargelaten, zowel in 1926 als bij een vernieuwing in 1985 bewust ervoor heeft gekozen het gerechtshof te belasten met een volle opportuniteitstoetsing. Het argument dat de contourennota in de strijd werpt om van deze lijn af te wijken is het uitgangspunt dat de beleidskeuzes die het Openbaar Ministerie in zijn vervolgingsbeleid maakt, in beginsel zouden moeten worden gerespecteerd. Volgens die nota is het ongewenst dat de beklagrechter een sterke invloed zou uitoefenen op het vervolgingsbeleid, omdat het OM-beleid steeds sterker

genormeerd is door aanwijzingen en richtlijnen. Een toetsing door het hof of het Openbaar Ministerie in redelijkheid heeft kunnen beslissen de vervolging achterwege te laten zou beter rekening houden 'met het vertrouwen dat burgers moeten kunnen ontlenen aan vervolgingsrichtlijnen en -aanwijzingen'. Die lijn volgend zou het uitgangspunt van de vernieuwde regeling moeten zijn dat de beklagrechter voor wat betreft de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing een meer terughoudende toets moet uitvoeren, 'waarbij beslissend is of een vervolging in redelijkheid achterwege kan blijven'. Bij die beslissing zouden zowel de belangen van de klager, vaak het slachtoffer, als de belangen van de verdachte een belangrijke rol moeten spelen.

Opvallend genoeg kiest het conceptwetsvoorstel een andere koers.⁵ Volgens de memorie van toelichting op het conceptwetsvoorstel maakt de huidige formulering van artikel 12i lid 1 en 2 Sv geen duidelijke keuze tussen een volle en een marginale toetsingsruimte: 'In de bestaande wettelijke regeling is nu niet bepaald op welke wijze de vervolgingsbeslissing wordt getoetst'. Dat klinkt anders dan de contourennota, die met de wetgeschiedenis in de hand erop uitkwam dat de huidige wetstekst duidelijk een volle toetsing mogelijk maakt. De memorie van toelichting constateert echter dat die interpretatie van de wetstekst vooral geïnspireerd is door een standpunt van de Hoge Raad, die uit deze wetsbepaling op historische gronden afleidt dat het hof een volle toetsingsruimte heeft: het zou een beslissing mogen nemen 'over de vervolgingsbeslissing die naar zijn oordeel aanvankelijk door de officier van justitie had moeten worden genomen'. Daaruit volgt volgens de memorie van toelichting dat het hof ook een oordeel geeft over de verhouding van de vervolgingsbeslissing tot het gepubliceerde vervolgingsbeleid. Tussen de regels door zou kunnen worden gelezen dat een dergelijke handelwijze nog steeds onwenselijk wordt geacht. Desondanks wordt het in de contourennota ingenomen standpunt dat de opportuniteitscomponent marginaal moet worden getoetst verlaten. Voor een groot deel van de strafzaken zou het volgens de memorie van toelichting wel voldoende zijn als de gerechtshoven marginaal toetsen, maar 'niet is uitgesloten dat in een minderheid van ernstige zaken de vervolgingsbeslissing volledig moet worden getoetst'.

De memorie van toelichting constateert ook, evenals de contourennota deed, dat de huidige praktijk niet altijd even eenduidig is en dat de gerechtshoven er verschillende opvattingen op nahouden wat betreft hun toetsingsruimte. Dat verschil van inzicht valt met het ontbreken van de mogelijkheid van cassatie moeilijk de wereld uit te helpen, behalve wellicht door de wetgever. Het conceptwetsvoorstel wil echter in dit debat geen

2. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 72.

3. Brief van de Raad voor de rechtspraak 'Adviesconcept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering', d.d. 2 april 2015, p. 21.

4. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 72-73.

5. MvT bij het Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over beslissingen omtrent vervolging in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Beslissingen omtrent vervolging)), p. 22.

knoop doorhakken. De huidige tekst van artikel 12i lid 2 Sv blijft in het conceptartikel 3.2.10 lid 5 ongewijzigd: ‘het gerechtshof kan het beklag ook afwijzen op gronden aan het algemeen belang ontleend’. Het conceptwetsvoorstel maakt daarmee dus een duidelijk andere keuze dat de contourennota, waardoor op het punt van de toetsingsruimte alles bij het oude blijft.

3 Discussies over de toetsingsomvang van het hof in beklagzaken

Het verschil tussen de contourennota en het conceptwetsvoorstel zou in theorie te verklaren kunnen zijn vanuit de reacties op de contourennota, met name vanuit de behartigers van de belangen van slachtoffers. Met een volle toetsingsmogelijkheid kunnen beslissingen die voor rechtstreeks belanghebbenden soms moeilijk te verteren zijn immers met meer kans op succes worden aangevochten dan wanneer het hof slechts marginaal zou mogen toetsen. De reactie van Slachtofferhulp Nederland op de conceptcontourennota bespreekt echter wel de wijzigingen in de beklagprocedure, maar gaat niet in op de toetsingsomvang.⁶ Hetzelfde geldt overigens voor de reactie van Slachtofferhulp Nederland op het conceptwetsvoorstel.⁷ Blijkbaar heeft het laten varen van de plannen om marginale toetsing in te voeren geen aanleiding gegeven tot opmerkingen. Vanuit het slachtofferperspectief gedacht wordt door Kool een bezwaar aangevoerd tegen het gebrek aan concrete aanknopingspunten om de volle toetsing invulling te geven. Dat is volgens haar niet zonder risico, omdat het bij slachtoffers en nabestaanden ten onrechte de indruk kan wekken dat de beklagprocedure een ‘volle procedure’ is. Daarnaast zou het tot secundaire victimisatie kunnen leiden als de hoven in beklagzaken weinig afstand nemen van het OM-beleid, terwijl de wet aangeeft dat een dergelijke opstelling wel mogelijk is. Al met al zou er volgens Kool vooral een gebrek zijn aan concrete toetsingspunten om de problematische doorsnijding van de bevoegdheidsverdeling tussen rechter en OM nader te structureren.⁸

Andere reacties op het terugkrabbelen naar de volle toetsing zijn positief, maar vanwege verschillende redenen. Ansems, Boone en Van Lent merken op dat het handhaven van voldoende toetsingsruimte de hoven in

staat stelt om in ‘gewone’ beklagzaken de opportuniteitsbeoordelingen van het Openbaar Ministerie te controleren, zodat het vervolgingsbeleid, inclusief de daaraan ten grondslag liggende capaciteitsoverwegingen, kan worden verantwoord.⁹ Buruma vindt het ook een goede keuze om de volle toetsing te behouden, maar juist vanwege het belang van een dergelijke toets bij ernstige feiten zoals levensdelicten. Vanwege de aan artikel 2 EVRM ontleende positieve verplichting het recht op leven te beschermen zou een onderzoek naar een levensdelict niet te snel moeten worden gestaakt, en de beklagprocedure is een methode om dat te verzekeren.¹⁰ Voor beide invalshoeken valt uiteraard wat te zeggen, maar er valt ook wat tegen in te brengen. Het standpunt van Ansems, Boone en Van Lent staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat het algemene vervolgingsbeleid waarschijnlijk beter verantwoord kan worden via de lijnen van parlementaire verantwoordelijkheid dan in de beklagprocedure, hoewel het de vraag is of dat argument op zichzelf voldoende doorslaggevend is om te kiezen voor een marginale toetsing.¹¹ De door Buruma naar voren gebrachte positieve verplichting het recht op leven te beschermen zou ook bij een marginale toetsing voor het hof een reden kunnen zijn om een bevel tot vervolging te geven. De internationale verplichting beperkt immers de discretionaire ruimte van het OM, zodat het handelen in strijd met een dergelijke verplichting buiten de vrije beleidsruimte valt.¹²

Als we kijken naar eerdere beschouwingen in de literatuur over de toetsingsomvang in beklagzaken, valt al snel op dat de procedure wordt vergeleken met de wijze waarop bestuursrechtelijke geschillen worden behandeld. Zo stelt Corstens/Borgers & Kooijmans: ‘Centraal staat een geschil over de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door het openbaar ministerie. Daardoor is het bestuursrechtelijk getint.’¹³ Even verderop wordt, onder verwijzing naar een hierna nog te bespreken artikel van Duker,¹⁴ gesteld: ‘De wetgever heeft geen duidelijke beperking tot marginale toetsing aangelegd, hoewel daartoe in dit bestuursrechtelijk getinte geschil alle aanleiding zou hebben bestaan.’

Veel beschouwingen over de toetsingsomvang in beklagzaken kennen deze verwijzing naar het bestuursrechtelijke karakter van de procedure, en leggen het verband tussen dat karakter en de keuze voor marginale toetsing. Zo stelde Knigge reeds in 1980 voor dat de beklagrechter marginaal zou toetsen, onder de opmerking dat dat overeenkomt met wat er in het administratief recht

6. Brief van Slachtofferhulp Nederland ‘Concept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering’ d.d. 9 april 2015, te vinden op www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/11/13/documenten-modernisering-wetboek-van-strafvordering.
7. Brief van Slachtofferhulp Nederland ‘Consultatie boeken 3,4,5 en 6 nieuwe Wetboek van strafvordering’ d.d. 31 juli 2018, te vinden op www.slachtofferhulp.nl/nieuws/2018/slachtofferhulp-nederland-geeft-minister-advies-uitbreiding-slachtofferrechten/.
8. R.S.B. Kool, ‘Modernisering van de beklagregeling ex artikel 12 Sv: “Full dress” voor het slachtoffer?’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2018-17.

9. Ansems, Boone & Van Lent 2018, p. 2147.
10. Y. Buruma, ‘Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: de Boeken 3 tot en met 6. Enige onorthodoxe reflecties’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2018, p. 168-179, p. 170.
11. Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 654 en de aldaar aangehaalde literatuur.
12. In die zin W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 394-397.
13. Corstens 2018, p. 648.
14. M.J.A. Duker, ‘De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv’, *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 432-445.

gebruikelijk is. Daarbij nam hij als uitgangspunt dat in het bestuursrecht een onderscheid bestaat tussen een beroep op de onafhankelijke rechter, waarbij alleen de rechtmatigheid van een besluit wordt aangevallen, en een beroep op een hogere autoriteit in de administratie, waarbij van een vol beroep sprake zou zijn.¹⁵ Omdat de beklagprocedure in strafzaken voor een onafhankelijke rechter plaatsvindt, zou daarin marginale toetsing moeten plaatsvinden, omdat de procedure beter te vergelijken is met een beroep op de bestuursrechter dan met een beroep op een hogere bestuurlijke autoriteit. Ook Corstens kwalificeerde de beklagprocedure al als een vorm van administratieve rechtspraak.¹⁶

In zijn beschouwing over de discussie omtrent de toetsingsomvang van het hof in beklagzaken neemt Duker als vertrekpunt dat aan het OM de bevoegdheid is verleend te beslissen over het al dan niet instellen van vervolging, waarbij het zijn beslissing mede op opportunitetsgronden kan baseren. Een bespreking van de wetsgeschiedenis van de beklagprocedure laat volgens hem zien dat de beklagmogelijkheid er primair is gekomen ter voorkoming van willekeur aan de zijde van het OM, maar dat het niet wenselijk werd gevonden om burgers als correctief een zelfstandig vervolgingsrecht te geven, en evenmin om daarvoor de ministeriële verantwoordelijkheid te gebruiken. In de parlementaire behandeling van het Wetboek van Strafvordering is wel overwogen dat opportunitetskwesies van nature minder tot de bevoegdheid van de rechtsprekende macht behoren. Het geven van een vervolgingsbevel was volgens de minister van Justitie desondanks niet erg vreemd aan de taak van de rechter, nu de handhaving van de strafwet in zijn algemeenheid immers is opgedragen aan de strafrechter. Volgens Duker valt op grond van de geschiedenis van de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering echter met weinig stelligheid te zeggen of de wetgever nu een volle of een marginale toets voor ogen heeft gehad.¹⁷ De recentere wetsgeschiedenis is volgens hem echter veel duidelijker. Het rapport van de commissie-Duk en de parlementaire behandeling daarvan geven zonder meer aan dat het ten tijde van de herziening van de beklagregeling in 1985 de bedoeling is geweest om daarin de gedachte van volle toetsing tot uitdrukking te brengen.¹⁸ Dat uitgangspunt wordt in de behandeling wel geplaats tegen de achtergrond van het toenemende belang van vervolgingsrichtlijnen van het OM. Hoewel het hof niet gebonden is aan de richtlijnen zouden ze volgens de minister wel belangrijke richtsnoeren vormen. In de visie van Duker betekent dat dat aan de richtlijnen enig vertrouwen kan worden ontleend. Maar wanneer de richtlijnen voor het specifieke geval geen

bepalingen bevatten, kan het hof uiteraard in vrijheid beslissen.¹⁹

Ondanks de wetsgeschiedenis heeft volgens Duker een marginale toetsing de voorkeur, vanwege het feit dat het OM belast is met de vervolgingsbeslissing en daartoe tevens richtlijnen heeft opgesteld en gepubliceerd. Vervolgingsbeslissingen zijn daarmee gebaseerd op breed aanvaard algemeen beleid, ze zijn in rechte toetsbaar en onderworpen aan democratische controle via de parlementaire ministeriële verantwoordelijkheid. Men mag ervan uitgaan dat aan de gemaakte keuzes adequate belangenafwegingen ten grondslag liggen waarin ook de belangen van slachtoffers zijn verdisconteerd. Een meer dan marginale toetsingsbevoegdheid van het hof zou een doorkruising zijn van de consistentie en beperking van willekeur die in dat systeem worden nagestreefd. Het maakt daarbij in wezen niet uit of er wel of geen relevante beleidsregels zijn, omdat ook zonder beleidsregels de vervolgingsbeslissing wordt genomen binnen de context van het Openbaar Ministerie, die gekarakteriseerd wordt door de aanwezigheid van beleidsmatige sturing. Bijkomend voordeel van marginale toetsing is dat het hof minder vooruit hoeft te lopen op de strafzaak. Essentieel is in ieder geval volgens Duker dat het hof voor het corrigeren van verzuimen aan de zijde van het OM niet méér nodig heeft dan een marginale toets.²⁰ Het idee dat het voor de toetsingsomvang irrelevant is of er relevante beleidsregels zijn of niet, kan ik niet helemaal volgen.²¹ Het is wel navolgbaar dat beleidsregels geen aanspraak op vervolging aan de zijde van het slachtoffer in het leven roepen. We kunnen veilig veronderstellen dat beleidsregels het Openbaar Ministerie niet in die mate kunnen binden dat het niet meer bevoegd zou zijn een strafzaak te seponeren vanwege gerechtvaardigd vertrouwen opgewekt aan de zijde van het slachtoffer. Desondanks valt beleidsregels enige externe werking uiteraard ook niet te onzeggen: als het Openbaar Ministerie voor zichzelf een bepaalde beleidslijn uitstippelt, zullen belanghebbenden al snel daaraan bepaalde verwachtingen ontleenen. Die zouden ook wel betrokken kunnen worden in de toetsing door het hof van een sepotbeslissing die genomen is in een geval waarin het gepubliceerde beleid duidelijk een dagvaarding of de uitvaardiging van een strafbeschikking als aangewezen afdoening aangeeft.

Desondanks moet ook die gedachte weer worden genuanceerd. De afgelopen jaren heeft het Openbaar Ministerie bewust zijn richtlijnen voor strafvordering anders ingericht, en wel zodanig dat daaruit in veel mindere mate door middel van een puur rekenkundige exercitie de aangewezen afdoening gegenereerd wordt. In plaats daarvan geven de richtlijnen vrij grove indicaties voor de aangewezen afdoening, en laten deze het aan de beslissende autoriteit over om de definitieve keuze te

15. G. Knigge, 'Het beklag over niet of niet verder vervolgen (Kanttekeningen bij wetsontwerp no. 15381)', *Delikt en Delinkwent* 1980, p. 185-204, p. 190-191.

16. G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), IJmuiden: Vermande 1974, p. 71.

17. Zie Duker 2009, p. 432-437 voor een gedetailleerdere bespreking van de wetsgeschiedenis.

18. Aldus ook Duker 2009, p. 438-445.

19. Duker 2009, p. 437-445.

20. Duker 2009, p. 446-451.

21. In die zin ook J.B.J. van der Leij, 'Het slachtoffer in de beklagprocedure van artikel 12 Sv', *Strafblad* 2009, p. 464-468.

maken. Dat betekent dat elke beslissing in een concreet geval in sterkere mate gekleurd is door de wens om recht te doen in het concrete geval dan voorheen het geval was, en minder sterk wordt beïnvloed door een aan het oude systeem van richtlijnen ten grondslag liggende rechtsgelijkheidsstreven. Bij een dergelijk, flexibeler, systeem van vervolgingsrichtlijnen ligt het minder voor de hand dat het hof een afstandelijke houding bewaart. Het is immers moeilijker om uit de richtlijnen af te leiden welke strafvorderlijke afdoening er zal volgen, en daarom zullen verwachtingen minder sterk of in ieder geval minder concreet worden opgewekt. Uit de praktijk komt ook niet het beeld naar voren dat de hoven geleidelijk minder ‘vol’ zijn gaan toetsen, wellicht zelfs integendeel.²²

4 Wetsgeschiedenis van de beklagregeling

Hoewel bij de herziening van de wettelijke regeling in de jaren tachtig duidelijke keuzes zijn gemaakt voor een volle toetsingsruimte in beklagzaken, heeft dat blijkbaar niet tot gevolg gehad dat de discussie over de toetsingsomvang is gaan liggen. Ook de wisselende inzichten rondom de moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering geven aan dat er blijkbaar geen stevig, richtinggevend fundament ligt onder de regeling. Een blik op de eerdere wetsgeschiedenis kan wellicht helpen om daar verduidelijking in te brengen.

Omdat het Wetboek van Strafvordering van 1838 de mogelijkheid afschafte om als civiele partij voor de strafrechter op te treden, welke mogelijkheid bestaan had onder de Code d’instruction criminelle, werd in plaats daarvan voor belanghebbenden de optie van beklag op de rechter opengesteld.²³ Tot de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926 werd het beklag tegen niet-vervolgving behandeld door de rechtbank en niet door het gerechtshof (art. 31 Sv 1838, art. 33 Sv 1886). Tegen de beschikking van de rechtbank stond hoger beroep open op het gerechtshof. Daarnaast kon een belanghebbende de hiërarchische weg binnen het OM bewandelen, tot aan de minister van Justitie. Het naast elkaar bestaan van deze opties, beide met meerdere instanties, leidde tot coördinatieproblemen en discussies over de regeling.²⁴ Het bestaan van de mogelijkheid van beklag tegen niet-vervolgving werd wel gezien als een argument tegen de gelding van het opportunititeitsbeginsel, omdat de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie daardoor werd ingeperkt.²⁵

Anderen zagen de mogelijkheid van beklag niet als een aspect van legaliteit, maar als een onderstreping van de primaire beleidsvrijheid van de officier van justitie.²⁶ Ook werd al in de negentiende eeuw de beklagprocedure gezien als een dam tegen de grote hoeveelheid ongegronde klachten over het optreden van het OM.²⁷

Rond de eeuwwisseling was de beklagregeling, hoewel al geruime tijd in werking, nog geenszins uitgekristalliseerd. Een gerucht makende zaak, waarin aan de officier van justitie om vervolging was verzocht, gaf aanleiding tot coördinatieproblemen en een discussie die werd aangezwengeld door de redactie van het *Weekblad van het recht*.²⁸ Nadat de officier van justitie weigerde tot vervolging over te gaan, werd de minister van Justitie aangezocht. De minister was van mening dat artikel 33 Sv 1886 vereiste dat beklag moest worden ingediend bij de rechter voordat bij de minister kon worden geklaagd. De redactie van het *Weekblad* vond dat de klager zich eerst moest richten tot de gehele hiërarchie van het OM, tot en met de minister van Justitie, en pas daarna bij de rechtbank en in hoger beroep bij het hof kon klagen. In een reactie daarop stelde Cnopius dat de zaken die door een officier van justitie geseponneerd worden zelden ernstig genoeg zijn om de minister van Justitie daarmee te belasten. Bovendien zou de rechtbank op een andere manier een beklag moeten beoordelen dan een procureur-generaal of een minister dat zou doen. De rechtbank treedt volgens Cnopius namelijk in de praktijk ‘geheel in de functiën van het O.M., oordeelt dus over de doelmatigheid, over de wenselijkheid van vervolging, en niet alleen over de mogelijkheid er van en over de kans op een veroordelend vonnis’.²⁹ Naar zijn opvatting diende de rechtbank zich tot de haalbaarheid te beperken, maar blijkbaar was dat in zijn beleving dus niet de praktijk. Ook hierom was het volgens Cnopius onjuist dat de rechtbank onbevoegd zou zijn het ingediende beklag te beoordelen: de hiërarchische controle binnen het OM zou zich op iets anders moeten richten dan de controle door de rechtbank.³⁰

Simons stelde daarop dat de redactie van het *Weekblad* alleen kritiek had willen leveren op de beslissing van de minister om de klager door te verwijzen naar de recht-

22. J. Barenzen, ‘Dilemma’s rondom de artikel 12 Sv-procedure’, *Strafblad* 2017/65.

23. Zie voor een kort overzicht Corstens 1974, p. 67.

24. Corstens 1974, p. 49-51, 68.

25. E. van Ketwich Verschuur, ‘Legaliteits- of opportunititeitsbeginsel?’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1910, p. 28-39, p. 37-38; W. Boot, *De afhanke-lijkheid van het Openbaar Ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Portielje 1885,

p. 92; D.J. Mom Visch, ‘Over en naar aanleiding van een standaard-werk’ (bespreking van: J. Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig: Duncker & Humblot 1883-1885), *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 169-181, p. 171-172.

26. M.S. Pols, *Leidraad bij de voorlezingen over strafrecht en strafvordering*, ‘s-Gravenhage: Nijhoff 1889, p. 49 evenals minister Du Tour van Bellinchave, zie H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Wetboek van Strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1886-1887, dl. I, p. 86.

27. L.G. Greeve, ‘Boekbespreking’ (bespreking van: W. Boot, *De afhanke-lijkheid van het Openbaar Ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Portielje 1885), *Themis* 1886, p. 116-123, p. 119-120.

28. Weergegeven in ‘Openbaar Ministerie en rechterlijke macht’, (8144) *Weekblad van het recht* 1904, p. 4.

29. A.A. Cnopius, ‘Art. 33 van het Wetboek van Strafvordering’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1905, p. 197-201, p. 201.

30. Cnopius 1905, p. 197-201.

bank, en niet had willen bepleiten dat de rechtbank zich onbevoegd moet verklaren als niet de gehele hiërarchie doorlopen is. Volgens Simons was het beklag bij de rechtbank vooral een belangrijk correctiemiddel in de periode voordat ministers verantwoording schuldig waren aan het parlement. Zonder rechterlijke inmenging in de vervolgingsbeslissing zou er geen enkele controle mogelijk zijn. Voor de ontwikkeling van de parlementaire ministeriële verantwoordelijkheid was het volgens Simons dan ook logisch dat rechtbanken en gerechtshoven ook ambtshalve een bevel tot vervolging konden geven. Maar omdat min of meer tegelijkertijd met het ontwikkelen van de ministeriële verantwoordelijkheid ook de burgerlijke partijstelling verdween, zou het beklag op de rechter zijn waarde hebben behouden, met name vanwege het vervolgingsmonopolie van het OM. Een karakterwijziging komt daarbij wel in beeld. Correctiemechanismen zorgen er immers voor dat het OM het opportuniteitsbeginsel op de juiste wijze kan toepassen. Interessant genoeg ziet Simons de functie van de rechterlijke controle sinds het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid dan ook in bescherming tegen willekeur van de zijde van het OM en, in het verlengde daarvan, de minister van Justitie. In de onderlinge verhouding daarvan is volgens Simons de minister van Justitie de eerst aangewezen om aan te spreken wanneer een belanghebbende zich niet kan vinden in een beslissing tot niet-vervolg³¹. Daarmee geeft Simons een rationele onderbouwing van de onderlinge verhouding van hiërarchische (en ministeriële) controle en rechterlijke controle bij het naast elkaar bestaan daarvan: klagen in de ambtelijke hiërarchie spreekt louter een hogere functionaris aan die kan besluiten volgens identieke normenkaders, maar klagen bij de rechter gaat over iets anders, omdat daarmee de bescherming tegen willekeur wordt ingeroepen.

In de aanloop naar het huidige Wetboek van Strafvordering werd door de Staatscommissie de belangrijke keuze gemaakt om de rechtsingangprocedure af te schaffen, en de verantwoordelijkheid voor de vervolgingsbeslissing grotendeels bij het OM te leggen. Als overblijfsel van de rechtsingangprocedure werd de mogelijkheid geschapen om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding of de kennisgeving van niet-verdere vervolging in te dienen.³² Als er bij belanghebbenden al ontevredenheid bestond over vervolgingsbeslissingen van het OM, dan was dat volgens de Staatscommissie vooral ingeval bewijskwes³³ strafvervolg³⁴ onhaalbaar maakten. Besloten werd om het rechterlijk bevel tot vervolging alleen op beklag van een belanghebbende mogelijk te maken, nadat deze bij de gehele OM-hiërarchie geen

gehoor zou hebben gekregen.³³ Hier kiest de Staatscommissie dus voor versterking van het primaat van het hiërarchisch-bestuurlijke model: een belanghebbende moet tegen de vervolgingsbeslissing eerst opkomen in de gehele bestuurlijke hiërarchie voordat de onafhankelijke rechter kan worden aangesproken. Tezamen dienen deze vormen van controle te waarborgen dat het opportuniteitsbeginsel gerechtvaardigd wordt toegepast.³⁴

Dit model heeft het niet gehaald in het uiteindelijke Wetboek van Strafvordering. Dat de bestuurlijke weg niet geheel hoeft te worden bewandeld alvorens de rechter kan worden benaderd is te danken aan de Raad van State. De Raad vond het te afschrikwekkend om van belanghebbenden te eisen dat zij tegen niet-vervolgklagen bij alle functionarissen in de OM-hiërarchie, tot en met de minister van Justitie. Daardoor zouden zij ook besluiten om af te zien van verdere pogingen om de vervolging ingesteld te krijgen. Ook zouden de vele verzoeken te belastend zijn voor de minister van Justitie. De Raad van State stelde voor om de administratieve weg te schrappen en rechtstreeks beklag op de rechter mogelijk te maken.³⁵ Dit advies werd door Ort, inmiddels minister van Justitie, overgenomen in het Oorspronkelijk Regeringsontwerp dat aan de Tweede Kamer werd aangeboden.³⁶ Wellicht als gevolg van deze keuze werd het beklag gepresenteerd als de belangrijkste vorm van controle tegen de grote beleidsvrijheid van het OM, veroorzaakt door de combinatie van het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie.³⁷ Dat de rechter belast werd met het oordelen over een vervolgingsbeslissing werd door de regering gezien in het verlengde van de rechterlijke taak om de strafwet te handhaven en in de straftoemeting te bepalen welke sanctie wordt vereist in het licht van het belang van de handhaving van de strafwet.³⁸

Tijdens de parlementaire behandeling van het rege³⁹ ringsontwerp merkte minister Heemskerk op dat ten opzichte van artikel 33 Sv 1886 alles bij het oude zou blijven, behalve dat het niet de rechtbank, maar het hof is dat oordeelt over het beklag. Daarnaast stelt Heemskerk dat hij van zijn hoogleraar Modderman, later minister van Justitie, geleerd heeft

31. D. Simons, 'Minister van Justitie of rechtbank', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1907, p. 32-42. Zie ook D. Simons, *Beknopte handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1925, p. 26-27, 65-66.

32. J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandsche strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1957, p. 264-265; J.L. van der Neut & J.B.H.M. Simmelink, 'Requiem voor het bezwaarschrift tegen de dagvaarding', in: A.C. 't Hart e.a. (red.), *Strafrecht in balans* (Geurtsbundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 135-174, p. 144.

33. Notulen van de staatscommissie, opgenomen in K. Lindenberg, *Van ORT tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Rijksuniversiteit Groningen 2002, p. 137-371, 2e vergadering, p. 7-15.

34. Notulen van de staatscommissie, 34ste vergadering, p. 6-9.

35. Advies van de Raad van State, opgenomen in Lindenberg 2002, p. 525-545, p. 9.

36. Vergelijk de toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering van de staatscommissie, opgenomen in Lindenberg 2002, p. 420-524, p. 54-55, en *Bijlagen Handelingen II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 66-67.

37. *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 22. Zie ook J.B.H.M. Simmelink, 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 189-242, p. 193-194.

38. *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 23.

‘dat het eigenlijk het zuivere beginsel is, dat het O.M. en dus in hoogste instantie de Minister van Justitie beslist over de vraag of vervolgd moet worden, maar dat het toch om redenen van praktijk niet verkeerd is te achten dat de rechter, als vervolging wordt nagelaten, daarover kan beslissen’.³⁹

Daaruit spreekt een pragmatische insteek bij de keuze om primair een onafhankelijke rechter te belasten met de afhandeling van het beklag en niet de belanghebbende eerst de hiërarchische weg te laten bewandelen. Minister Heemskerk voegt daaraan toe dat hij het met een gerust hart aan de rechter overlaat om zijn bevoegdheid in deze aan te wenden: ‘Er kunnen natuurlijk gevallen zijn van delicaten aard, waarin vervolging beter achterwege blijft; in die gevallen kan men het gerust aan de prudentie van den rechter overlaten.’⁴⁰ Een dergelijke uitspraak over de ‘prudentie’ van de rechter verwijst mijns inziens vrij duidelijk naar een volle toetsingsomvang die in beklagzaken gehanteerd zou moeten worden.

Als gevolg van de pragmatische keuze om rechtstreeks beklag mogelijk te maken na een beslissing tot niet-vervolgning raakt de hiërarchische weg sterk uit beeld. Wellicht kan de regeling zoals die in het Wetboek van Strafvordering is terechtgekomen daarom het best worden gezien als een combinatie van de voorheen bestaande vormen van hiërarchische en rechterlijke controle. In dat tweesporensysteem waren in de hiërarchische weg het OM en in het verlengde daarvan de minister integraal verantwoordelijk voor de vervolgingsbeslissing, en hoefde de rechter, zeker in de visie van Simons, slechts te beschermen tegen evidente willekeur. Dat systeem werd vervangen door een stelsel waarin het hof de aangewezen instantie is om rechtstreeks aan te spreken na een beslissing tot niet-vervolgning. Wanneer die route wordt beschouwd als een combinatie van de hiërarchische en rechterlijke controle, is het ook logisch om te veronderstellen dat de beide daarin opererende instanties, de officier van justitie en het hof, dezelfde maatstaven hanteren. Het hof heeft in dat perspectief als het ware de plaats ingenomen van de meerderen van de officier van justitie. Het kan worden beschouwd als een quasibestuurlijk orgaan dat een vorm van rechtsbescherming tegen overheidsoptreden verleent, maar niet helemaal losstaat van de uitvoerende macht zelf. De wijze waarop het hof opereert, kan daarom vergeleken worden met de bestuursrechtelijke procedure van het administratief beroep, waarin de rechtsbescherming ook gemengd bestuurlijk/rechterlijk van aard is. Hieronder probeer ik die vergelijking uit te werken.

5 De beklagprocedure vergeleken met het administratief beroep

5.1 Kenmerken van toetsing in het administratief beroep

Het is één ding om de beklagprocedure te beschouwen als een bestuursrechtelijke procedure, maar het is iets anders om daaruit de conclusie te trekken dat het logisch is dat het hof in de beklagprocedure een marginale toets zou moeten uitvoeren. Die tweede stap veronderstelt immers dat marginale toetsing een onlosmakelijk onderdeel van bestuursrechtelijke procedures is. Dat is echter niet het geval. Marginale toetsing, als daarmee bedoeld wordt een toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, past vooral in een subjectieve opvatting van het bestuursprocesrecht, minder in een objectieve, omdat daarmee vooral de persoonlijke aanspraken van belanghebbenden worden beschermd, en minder de formele rechtmatigheid en de consistentie van overheidsbeleid centraal staan. Beide opvattingen komen tot op zekere hoogte tot uitdrukking in het bestuursprocesrecht.⁴¹ De mate van indringendheid hangt af van verschillende factoren, zoals de ruimte die de door het bestuur toegepaste norm biedt, de mate waarin het bestuur daaraan in algemeen beleid of in de praktijk vorm heeft gegeven, de context waarin de norm wordt toegepast en de ingrijpendheid van het besluit.⁴² Bij dat laatste kan men bijvoorbeeld denken aan punitieve handhavingsbesluiten: daar is een volle toetsingsbevoegdheid noodzakelijk. Maar ook buiten die context valt een ontwikkeling waar te nemen waarin de intensiteit van toetsing varieert met de op het spel staande rechten en belangen.⁴³

Niet alleen de mate van indringendheid van het door het bestuur genomen besluit is bepalend voor de toetsingsomvang, dat geldt ook voor de aard van de procedure. De procedure van bezwaar bij het bestuursorgaan gevolgd door rechtsbescherming door een onafhankelijke bestuursrechter is niet de enige vorm van controle op het overheidsoptreden die kan worden opengesteld. Weliswaar zijn dat de standaardprocedures in de Algemene wet bestuursrecht, maar er zijn nog steeds restanten van andere vormen, zoals het administratief beroep (art. 7:16 t/m 7:28 Awb). De toetsingsomvang zou in een dergelijke procedure heel anders kunnen uitvallen. Wat is nu het karakter van deze vorm van bestuursrechtelijke rechtsbescherming?

39. *Handelingen II 1919/20*, 18, p. 1925.

40. *Handelingen II 1919/20*, 18, p. 1925.

41. Daarover M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 45-56 en D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 49-53.

42. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 14, 602-641.

43. L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 293-302.

Het uitgangspunt van administratief beroep is dat het beroep wordt ingesteld bij een ander, meestal hoger, bestuursorgaan dan dat het besluit heeft genomen waartegen het beroep zich richt (art. 1:5 lid 2 Awb). In dat opzicht is het administratief beroep anders dan het bezwaar, dat bij hetzelfde bestuursorgaan moet worden ingediend. De bestuursorganen waarbij beroep wordt ingesteld kunnen overigens wel onderdeel zijn van hetzelfde openbaar lichaam. Vanwege het feit dat het beroepsorgaan zelf ook een bestuursorgaan is, kan de toetsing van het besluit naar haar aard bestuurlijk zijn. Daarom kan zowel de rechtmatigheid als de bestuurlijke en beleidsmatige wenselijkheid aan de orde worden gesteld.⁴⁴ Omdat bij administratief beroep, in tegenstelling tot de bezwaarprocedure, niet hetzelfde, maar een ander bestuursorgaan wordt aangesproken, zal de bestuurlijke en beleidsmatige herbeoordeling echter terughoudender dienen te zijn in administratief beroep dan in bezwaar.⁴⁵ Redenen die daarvoor worden aangevoerd zijn onder meer dat het primair bevoegde orgaan, dat het besluit heeft genomen, in staat moet zijn om een consistent beleid te voeren,⁴⁶ en dat de taken van dat orgaan om redenen van decentralisatie daaraan zijn toegekend, welke decentralisatiegedachte zou worden doorbroken als het (vaak meer gecentraliseerde) beroepsorgaan het besluit integraal zou herbeoordelen.⁴⁷ Ook de omstandigheid dat het primaire bestuursorgaan naar de bedoeling van de wetgever een ruime beoordelingsmarge heeft en een eigen beleid kan voeren zorgt ervoor dat het beroepsorgaan in ieder geval, als het een andersluidend oordeel zou willen geven, daaraan een uitgebreid feitenonderzoek vooraf moet laten gaan.⁴⁸ Dat alles geeft al aan dat er een wezenlijk verschil bestaat met de bezwaarprocedure. Dit komt ook tot uitdrukking in de Algemene wet bestuursrecht, die bepaalt dat een bestuursorgaan dat een bezwaar behandelt het genomen besluit moet heroverwegen (art. 7:11 Awb), maar in administratief beroep is het beroepsorgaan niet verplicht tot heroverweging (art. 7:25 Awb). Het feit dat de wet voor het administratief beroep geen verplichting tot heroverweging bevat, heeft te maken met de terughoudendheid aan de zijde van de wetgever om een standpunt in te nemen over de toetsingsomvang. De wetgever signaleerde dat er in jurisprudentie en literatuur daarover verschillende opvattingen bestonden, en liet bewust ruimte voor de rechtsontwikkeling. Op die manier zou het kunnen dat er ruimte zou blijven bestaan voor een volledige heroverweging, maar behoorde het ook tot de mogelijkheden dat de toetsingsomvang op een gegeven moment meer beperkt zou worden.⁴⁹ Als het beroepsorgaan niet volstaat met vernietiging, maar opnieuw in de zaak voorziet, dan is het in ieder geval wel verplicht tot een volledige heroverweging inclusief de daarbij beho-

rende beleidsvragen.⁵⁰ In gevallen waarin de wet aan het beroepsorgaan niet de mogelijkheid geeft zelf in de zaak te voorzien, kan de toetsing dan ook terughoudender zijn.⁵¹ Heel duidelijk is de jurisprudentie echter niet: soms staat voorop dat het beroepsorgaan vol moet toetsen, soms wordt een meer terughoudende benadering gekozen.⁵²

Door deze uitgangspunten kan het administratief beroep worden gezien als een mengvorm van rechtsbescherming en bestuurlijk toezicht. Het heeft immers niet alleen trekken van de behandeling van individuele geschillen, maar het is ook een vorm van bestuurlijke kwaliteitsbevordering van primaire besluitvorming, omdat het de mogelijkheid biedt voor het uitoefenen van bestuurlijk toezicht door (hogere) bestuursorganen op andere (lagere) bestuursorganen.⁵³ Dit onderscheidt het administratief beroep zowel van het bezwaar als van het beroep zoals dat in de Awb is geregeld. Omdat het administratief beroep, sterker dan het beroep na bezwaar, kenmerken van bestuurlijk toezicht heeft naast het karakter van (individuele) rechtsbescherming is het ook logisch dat daarin voor een opstelling van het beroepsorgaan wordt gekozen die minder terughoudend is dan in de standaard-Awb-beroepsprocedures. De toetsingsomvang kan daarom een veel bredere reikwijdte hebben.⁵⁴ In ieder geval kan het administratief beroep niet worden gezien als de beoordeling van een geschil door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, omdat het beroepsorgaan zelf ook een bestuursorgaan is. Door dat gebrek aan onafhankelijkheid is het niet met voldoende waarborgen omkleed om te worden aangemerkt als rechtsgang die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM, ook al beschouwde de grondwetgever het oorspronkelijk meer als een vorm van rechtsbescherming dan als een bestuurlijke procedure, getuige de regeling van het administratief beroep in het hoofdstuk over rechtspraak (art. 115 Grondwet (Gw)).⁵⁵

Ook uit het feit dat er in literatuur en jurisprudentie verschillende inzichten leven over de toetsingsomvang in administratief beroep, en dat de wetgever daarin geen keuze heeft gemaakt, kan blijken dat deze procedure het beste als een mengvorm van rechtsbescherming en bestuurlijk toezicht kan worden gezien. Deze mengvorm is echter uit zijn aard instabiel: een beroepsorgaan dat zaken behandelt in administratief beroep kan bevoegd gemaakt worden op een welomschreven terrein, zodat het beroepsorgaan samengesteld kan worden uit leden die zowel bestuurlijke als inhoudelijke deskundigheid

44. A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 1598.

45. Tak 2014, p. 1599.

46. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 547.

47. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 546; AGRvS 2 juni 1993, AB 1994/6.

48. ARRvS 3 juni 1982, AB 1983/4.

49. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 544-545.

50. ABRvS 13 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB6633, JB 2001/87.

51. ABRvS 26 april 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN5981, AB 1999/231.

52. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 546.

53. Daarover C.L.G.F.H. Albers, 'Revitalisering van het administratief beroep met het oog op interbestuurlijk toezicht?', in: I. van Haaren-Dresens, H. Spoormans & J. Teunissen (red.), *Interbestuurlijk toezicht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 87-118.

54. Brugman 2010, p. 209-210.

55. EHRM 23 oktober 1985, 8848/80, AB 1986/1 (*Bentham*); HR 12 december 1986, AB 1987/151, NJ 1987/381 (*Dekker/Barneveld*).

hebben, maar dan is het noodzakelijk dat er een onafhankelijke rechterlijke hogerberoepsinstantie is, of dat de burgerlijke rechter kan worden aangezocht, omdat het beroepsorgaan zelf niet onafhankelijk kan zijn van de bestuurlijke organisatie zonder zijn deskundigheid te verliezen. Het openstaan van rechtsmiddelen tegen zijn beslissingen kan het beroepsorgaan aanzetten tot vergaande juridisering en formalisering van zijn procedures. Zodra men die weg inslaat, komt de vraag op of het beroepsorgaan zich niet zou moeten beperken tot rechtmatigheidstoetsing. Een beweging de andere kant op is ook mogelijk, maar dat houdt in dat er wordt gekozen voor het standaardmodel van bezwaar bij het bestuursorgaan en beroep op de bestuursrechter. Dan is de herbeoordelingsfase in handen van hetzelfde bestuursorgaan, zodat er geen sprake meer is van bestuurlijk toezicht, en is het beroep op de bestuursrechter een duidelijk voorbeeld van individuele rechtsbescherming, waarbij een beperkte rechtmatigheidstoetsing mogelijk is.⁵⁶

5.2 Vergelijking tussen het administratief beroep en het beklag tegen niet-vervolg

Op enkele punten kan de procedure van beklag tegen niet-vervolg worden vergeleken met het administratief beroep, hoewel de gelijkenis niet volkomen is. Een wezenlijk verschil tussen de procedures is dat er tegen de beslissing van het OM om geen vervolging in te stellen zowel kan worden geklaagd binnen de hiërarchie van het OM als bij de beklagrecht, terwijl bij een besluit van een bestuursorgaan waartegen administratief beroep openstaat, die mogelijkheid de aangewezen weg is om te bewandelen. In zoverre kennen we in het strafrecht nog wel de twee naast elkaar bestaande mogelijkheden van interne en rechterlijke controle. Het lijkt er echter op dat van die interne controle weinig gebruik gemaakt wordt, terwijl de gevallen waarin de beklagrecht wordt aangezocht in aantal toenemen. In zoverre denk ik dat het niet te vergezocht is om te constateren dat het beklag tegen niet-vervolg *de facto* de manier is geworden om tegen een dergelijke beslissing op te komen. Een duidelijk verschil met het administratief beroep is uiteraard dat het beklag tegen niet-vervolg wordt behandeld door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, en niet door een bestuursorgaan. Dat neemt niet weg dat er afstand bestaat tussen het bestuursorgaan dat het administratief beroep behandelt en het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen, en een dergelijke afstand bestaat niet bij het bezwaar, dat immers door het beslissende bestuursorgaan zelf wordt behandeld.

Wat misschien interessanter is dan de overeenkomsten en verschillen tussen de regelingen in beide rechtsgebieden, is dat er over vergelijkbare kwesties ook vergelijkbare discussies bestaan. De vraag of het hof in beklagzaken de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing inte-

graal mag beoordelen is vrijwel gelijk aan de vraag of het beroepsorgaan in administratief beroep het besluit van het bestuursorgaan mag herbeoordelen. Ook de argumenten die in de discussie daaromheen worden aangevoerd zijn tot op grote hoogte gelijk. Van het hof wordt wel gezegd dat het niet moet treden in de beleidsafwegingen van het Openbaar Ministerie, omdat het anders de consistentie van het vervolgingsbeleid doorkruist. Dat zou een reden zijn voor terughoudendheid, althans in zaken waarin relevante beleidsregels aanwezig zijn.⁵⁷ Andere geluiden bestaan echter ook: zo is Van Dorst van mening dat het hof zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan het vervolgingsbeleid en het gewoon zijn eigen inschatting in de plaats kan stellen van die van het OM.⁵⁸ In het kader van het administratief beroep klinken vergelijkbare geluiden. Ook van het beroepsorgaan wordt gesteld dat het niet de beleidsafwegingen van het primaire bestuursorgaan moet overdoen omdat dat besluit is genomen met inachtneming van een bepaalde beleidslijn. Een ander argument is dat van de decentralisatie: het beroepsorgaan moet de wettelijk toegekende taak van het bestuursorgaan niet geheel overnemen, omdat er dan niets meer overblijft van de keuze om die taak aan het (meestal lagere) primaire bestuursorgaan op te dragen. Dat kan natuurlijk ook van het Openbaar Ministerie gezegd worden: dat het niet voor niets de taak van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (art. 124 Wet RO) opgedragen heeft gekregen.

Een wezenlijk verschil tussen de bestuurlijke procedures enerzijds en het beklag tegen niet-vervolg anderzijds is dat er, wanneer een vervolging wel wordt ingezet, altijd een strafrechter in de zaak betrokken wordt, en als er in hoger beroep wordt gegaan, het hof zelf de zaak kan beoordelen. Het gaat dan natuurlijk niet meer om de vraag of vervolging had moeten worden ingesteld (hoewel die beslissing door de zittingsrechter wel marginaal kan worden getoetst – aan de beginselen van een goede procesorde) maar om de beoordeling van de strafzaak zelf. Bij de bestuurlijke procedures is dat aspect afwezig: een besluit van het bestuursorgaan belandt helemaal niet bij het beroepsorgaan als er geen administratief beroep wordt ingesteld. Maar wat is de betekenis van dat verschil? De minister van Justitie minimaliseerde in zijn toelichting bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering het verschil tussen beslissen over de vervolging, en beslissen over de strafzaak zelf. Als dat verschil gering is, en het hof strafzaken behandelt, waarom zou het dan ook niet over de vervolging kunnen beslissen?⁵⁹ Tegelijkertijd is het interessant om te zien

56. I.C. van der Vlies e.a., *Bestuursgeschillen. Een onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 158-161.

57. T.M. Schalken, 'Over volle of marginale toetsing van OM-beleid in 12 Sv-zaken: haalbaarheid, opportuniteit of opportunisme?', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context*, (Burumbundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 481-490, p. 486-488.

58. A.J.A. van Dorst, in: M.F. Attinger e.a./P.A.M. Mevis e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Wolter Kluwer, aant. 73.4.2.e.

59. Ik laat hier verder onbesproken het discussiepunt van de eerdere betrokkenheid van rechters die over de strafzaak inhoudelijk moeten oordelen, nadat zij zelf dan wel andere rechters uit hun rechterlijk college betrokken zijn geweest bij een beklag tegen niet-vervolg.

dat over het administratief beroep juist kan worden gezegd dat een volle toetsing van het primaire besluit daarbij op zijn plaats is vanwege de inhoudelijke deskundigheid van het beroepsorgaan, dat immers soms deel zal uitmaken van hetzelfde openbaar lichaam, maar in ieder geval daarmee organisatorisch en inhoudelijk verwant is. Daardoor heeft het administratief beroep in sterkere mate dan het bezwaar en beroep een toezichtsfunctie. Die toezichtsfunctie zou in beklagzaken volgens De Lange ook meer tot uitdrukking moeten komen, zodat het hof als beklagrechtter ook een bijdrage kan leveren aan de criminele politiek.⁶⁰ Dus ook dit argument lijkt vergelijkbaar te zijn, dat een overeenkomst in inhoudelijke taken en deskundigheden legitimeert tot een volle toetsingsbevoegdheid.

Een overeenkomst in de discussie kan worden gevonden ten aanzien van de overweging dat in administratief beroep een vollere toetsingsomvang nodig is wanneer het beroepsorgaan zich niet beperkt weet tot de mogelijkheid van vernietiging van het primaire besluit, maar tevens een nieuw besluit daarvoor in de plaats kan stellen. In zaken van beklag tegen niet-vervolgving lijken gaandeweg de mogelijkheden van het hof toe te nemen om verschillende aspecten van de door het Openbaar Ministerie uit te voeren vervolging in de beschikking van het hof vast te leggen. Sinds geruime tijd kan het hof niet alleen bepalen dat het OM vervolging moet instellen, maar ook ten aanzien van welk delict.⁶¹ In de beschikking waarmee het Hof Den Haag het OM beval om Geert Wilders te vervolgen legde het daarnaast vast welke onderdelen van het feitencomplex in de dagvaarding moesten worden meegenomen.⁶² En in het wetsvoorstel in het kader van Modernisering Strafvordering wordt het hof de mogelijkheid gegeven om het OM te verplichten een opsporingsonderzoek te openen. Als men dezelfde redenering zou volgen als ten aanzien van het administratief beroep, ligt het in de lijn der verwachting dat door de uitbreiding van die beslissingsmogelijkheden ook de toetsingsomvang die het hof bij zijn beslissing toekomt groter zal zijn.

Een laatste parallel is te vinden in de indringendheid van de beslissing waartegen wordt opgekomen. Een bestuursrechtelijk uitgangspunt is dat de toetsingsomvang ruimer zal moeten zijn wanneer de beslissing indringender is. Dat uitgangspunt is moeilijk toe te passen in de context van het beklag tegen niet-vervolgving, omdat het daarin niet primair de belanghebbende is die door het besluit indringend wordt getroffen, maar de verdachte. Althans, het is de klassieke gedachte achter het strafproces dat daarin de overheid soms indringend ingrijpt in het leven van de verdachte. Meer slachtoffer-

gerichte benaderingen kunnen daar tegenover stellen dat een besluit tot niet-vervolgving ook ingrijpt in de belangen van het slachtoffer, zoals genoegdoening, compensatie en erkenning. Marginale toetsing door het hof geeft in ieder geval geen duidelijke voorrang aan slachtofferbelangen, omdat het beoordeelde besluit immers per definitie een beslissing tot niet-vervolgving is. Volle toetsing werkt in dat opzicht minder beschermend ten opzichte van de verdachte en geeft meer gewicht aan slachtofferbelangen. Een neveneffect van volle toetsing is dat de uitkomst onzekerder is dan bij marginale toetsing. Dat veroorzaakt wellicht een aanzuigende werking op de beklagprocedure, en daarnaast een groter risico op secundaire victimisatie bij het slachtoffer en op een periode van onzekerheid bij de verdachte.

6 Besluit

Het lijkt er sterk op dat de toetsingsomvang van het hof in zaken van beklag tegen niet-vervolgving in het Nederlandse strafprocesrecht een thema is ten aanzien waarvan niet eenvoudig een regeling kan worden gevonden die de tand des tijds zal doorstaan. Of de argumenten vóór een volledige toetsingsomvang meer gewicht in de schaal leggen dan de argumenten ertegen durf ik niet met zekerheid te zeggen. Wat mij vooral opvalt, is dat de discussie over de toetsingsomvang steeds wordt voortgezet, en dat een definitieve, voor eenieder bevredigende uitkomst niet in zicht is. Wellicht zou dat anders zijn bij een radicalere keuze om tegen niet-vervolgving eerst bezwaar open te stellen bij de officier van justitie en daarna beroep, waarbij de keuze om daarmee de advocaat-generaal te belasten mij eigenlijk minder logisch voorkomt.⁶³ Ook een dergelijke oplossing zal geen soelaas bieden, omdat de verschillende factoren die van invloed zijn op de vaststelling van de ideale toetsingsomvang verschillend kunnen worden gewogen en ook door de tijd heen kunnen variëren. Misschien is het ook niet zo erg dat daar ontwikkeling in blijft zitten. In het bovenstaande heb ik in ieder geval geprobeerd de ontwikkeling van dit debat tot nu toe in kaart te brengen. Vooral één argument heb ik nader onder de loep genomen, en dat is het argument dat het vanwege het feit dat de beklagprocedure bestuursrechtelijke trekken heeft ook voor de hand ligt om in die procedure een marginale toetsingsomvang te hanteren. Onder verwijzing naar de kenmerken van het administratief beroep heb ik geprobeerd aan te geven dat die marginale toetsingsomvang helemaal niet zo'n voor de hand liggende keuze is. Eigenlijk interessanter nog is het om te zien dat ten aanzien van die procedure van administratief beroep vergelijkbare discussies spelen als rondom het beklag tegen niet-vervolgving, en dat daar ook geen definitieve einde aan lijkt te komen. Het lijkt me niet verkeerd dat de wetgever in de modernisering van het Wetboek van

60. A. de Lange, 'De beklagprocedure en criminele politiek', *Strafblad* 2009, p. 477-492. In vergelijkbare zin ook T.M. Schalken, 'Naar een modern strafproces: minder bestraffing, meer publieke verantwoording', *Strafblad* 2009, p. 493-494.

61. HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0502, NJ 1996/714 m.nt. T.M. Schalken (*Zeeuwse motorrijder*).

62. Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191 m.nt. Y. Buruma.

63. C.P.M. Cleiren, 'De procedure van beklag tegen niet-vervolgving op de schop', *Strafblad* 2008, p. 534-546.

Strafvordering een bepaalde keuze maakt, maar dat hoeft in het geheel niet te betekenen dat er daarmee een einde komt aan de discussies over de toetsingsomvang in beklagzaken. Het maken van een voorlopige, maar heldere keuze heeft echter wel het voordeel dat ten minste vaststaat hoe indringend het hof in beklagzaken toetst. Dat is in ieder geval wenselijker dan een situatie waarin niet alleen de uitkomst van de beklagprocedure onzeker is, maar ook nog de toetsingsintensiteit kan variëren van geval tot geval, bijvoorbeeld afhankelijk van de ernst van de zaak. Daarvoor staat er te veel op het spel.